

גישור ישראלי ופשרה יהודית

הרב ד"ר חיים שיין ונועה שיין*

א. גישור עכשיו

ב. הגן המתדיין

ג. על הפשרה כחלופה לפתרון סכסוכים משפטיים

ד. על הפשרה הקרובה לדין

ה. על הגישור במקורות ישראל

ו. על הגישור בתנאי הארץ ותושביה

ז. סיכום

המאמר עוסק בניתוח מצב הגישור כמערכת המשפט הישראלי. הניסיון החשוב להתמודד באמצעות הגישור בעיננו הדין והסחבת שמקורם בריבוי הדיונים המשפטיים, מצוי במשבר עמוק. הולך ומתפתח חוסר אמון ביכולתו של הליך הגישור לענות על המציאות המשפטית הקשה. במאמר נטען כי אחד הגורמים לאי הצלחת הגישור בישראל מקורו בין היתר בהעדרה של טכניקת גישור שתתאים לתנאי הארץ ותושביה. הכשרת המגשרים הגישור הנלמדות הנן העתקה כמעט מילולית של תיאוריות שפותחו בארצות הברית ושלדעתנו אינן מתאימות לתנאי הארץ. במאמר יש הצעה, המבוססת על דיני הפשרה של המשפט העברי, הצעה לשיטת הגישור מתאימה ביותר למציאות חיינו.

* הרב ד"ר חיים, שיין עו"ד ומגשר, מרצה בכיר במכללת שערי משפט.
נועה שיין, תלמידת השנה השלישית במכללת שערי משפט.

מערכת המשפט במדינת ישראל מצויה במצוקה קשה. עומס התיקים וריבוי ההתדיינות יוצרים עיכוב ניכר בשמיעת התיקים וההכרעה בהם.¹ התוצאה היא עינוי דין, ירידת קרנה של הרשות השופטת ופגיעה ממשית ביחס לחוק ושלטונו, בבחינת "לית דין ולית פסק דין".² תוספת תקנים של שופטים, הקמת בתי משפט חדשים והוספת כוח עזר מנהלתי ומשפטי מצליחים, אך במעט להקטין את הלחץ ואי שביעות הרצון של האזרחים מהשירות המשפטי לו הם זכאים. בתוך הסד הקשה של ריבוי התיקים ואימת הסטטיסטיקה של ההספק השיפוטי, מצויים השופטים האמורים לסיים כמה שיותר תיקים, לעתים על חשבון העיון המשפטי והחתימה אל האמת.³ היעילות הפכה להיות מבחנה הכמעט בלבדי של השופט, מבחן המתבצע על ידי ה"אח הגדול" העוקב באופן רצוף ומתמיד על ביצועיו באמצעות מסוף המחשב. מציאות זו מובילה למבוי סבך בחינת אוי לי מיצרי היעיל ואבוי לי מאמונתי השיפוטית.⁴

בהתמודדות עם התופעה הקשה של עינוי דין, הנגרמת בעיקר עקב ריבוי הפניה לערכאות, נוקטת המערכת המשפטית בישראל מפעם לפעם ביוזמות שחלקן נוגעות לאופן פעולת והפעלת מערכת בתי המשפט⁵ וחלקן חיפוש אחר חלופות לפתרון סכסוכים משפטיים מחוץ למערכת

1 ראו מ' בורנובסקי, ר' לחמן "הבחנה בין בעיות ארגוניות לאיכותיות במערכת בתי המשפט בישראל" עינוי משפט טו (תש"ן) 273. כבר לפני עשרים שנה מצהיר בית המשפט על מצוקתו בשל עומס הדיונים "דברים אלה יפים ביתר שאת בתקופה זו, כשעל בתי המשפט מוטל עומס, שקשה להם לעמוד בו, ואשר גורם לדחיית בירור עניינים לגופם למשך תקופות ארוכות, ובכך נגרם נזק לציבור", בבר"ע 117/81 רות וולתר נ' דיק אנד קומפני אינק ואח', פ"ד לה (3) 305, 307. לפני עשור שנים מבטא בית המשפט תחושת ייאוש מהיכולת להתמודד עם עומס התיקים באומרו "בימינו אנו, שבתי המשפט כורעים תחת עומס בירורי הדיונים שמוטל עליהם, לא נוכל להקפיד על עינוי מועט, ואף לא על עינוי מרובה, כל עוד זמנו של עינוי זה "סביר" הוא", בש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עלי בן זאקי עזאומי, פ"ד מו (5) 272, 78.

2 ע"א 61/84 יוסף ביאזי נ' אברהם לוי, פ"ד מב (1) 446, 480.

3 ראו דברי השופט נ. הנדל בע"א 1126/98 קצין התמלוגים נ' אדוארד כהן, פס"מ תשנ"ח (א) 390: "האמת המשפטית אינה נוהגת לקפוץ מעל המדף ולהכריז "הנני". התוצאה הצודקת אינה בולטת מיד לעין. האמת המשפטית והתוצאה הצודקת משולות לאוצר הטמון מתחת לעפר. על מנת להגיע אליהן נדרשת עבודת הפירה מאומצת".

4 הד לדילמה של שופטים הפועלים תחת לחץ לסיים תיקים ולתת החלטות בדחיפות אפשר למצוא בדבריו של שופט בבית משפט מחווי, לאחר שבית המשפט העליון ביקר קשות את האופן שבו ניהל את המשפט והעיכוב שבמתן ההחלטה "שום דבר שנאמר בפסק הדין של בית המשפט העליון, גם לא עצם ההוראה למתן פסק דין תוך תקופה שקצב בפסק דינו, אין בו כדי לשנות את העובדה... שהייתי עושה את מלאכתי רמיה אילו הקדמתי את מתן פסק הדין בתיק זה למתן פסקי דין בתיקים אחרים...עלי להבהיר שאני עובד בלאו הכי באופן מתמיד עד שעות הלילה המאוחרות מאד, דהיינו אין לי שעות פנאי שעליהן יכולתי, לתקופת מה, לוותר כדי לשבץ בהן את כתיבתו של פסק הדין בתיק זה, מבלי שייפגע מכך טיפולי בתיקים היותר דחופים. עבודה שטחית, או מקוצרת, אינני מוכן לעשות, לא בתיק זה וגם לא בתיק אחר כלשהו", תמ"א 82/87 אביטן נ' אביטן, פס"מ תש"ן (ב) 3.

5 הועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט (ירושלים, תשמ"א), בראשות השופט מ' לנדוי והועדה לבדיקת מבנה בתי המשפט, בראשות השופט ת' אור.

המשפטית הממוסדת.⁶ על הסוג הראשון נמנים הפשרה,⁷ שינוי בסמכויות השיפוט של הערכאות המשפטיות בדרך של העברת סמכויות שיפוט לערכאות נמוכות יותר,⁸ תיקונים בסדרי הדין והקמת מחלקות לניהול וניתוב תיקים בבתי המשפט. על הסוג השני נמנים הבוררות,¹⁰ יחידות הסיוע שליד בתי המשפט למשפחה והגישור.¹¹

הגישור הנו במידה רבה ספינת הדגל של ההתמודדות העכשווית עם העומס בבתי המשפט. סעיף 79 לחוק בתי המשפט (נוסח משולב), תשמ"ד-1984, בתיקון משנת תשנ"ב מגדיר פישור¹² כ"הליך שבו נועד מפשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה ליישוב הסכסוך, מבלי שיש

- 6 החלופות מכונות באנגלית (A.D.R) Alternative Dispute Resolution. נסיון משמעותי בכיוון הפעלת אופציות של חלופות לפתרון סכסוכים משפטיים בישראל היה בתיקון 15 לחוק בתי המשפט, תשנ"ב - 1992. ראו ס' אוטולנגי "פתרון סכסוכים בדרכים חלופיות" ניהול משא ומתן התיאוריה, א' גלין, א' טיבר עורכים, (1999 חלק ב) 155.
- 7 "פשרה ראויה עשויה להיטיב עם שני הצדדים, לחסוך מזמנם וממשאביהם ולסייע לניצול יעיל יותר של המשאבים השיפוטיים. מטבע הדברים, מציג בית-המשפט בפני הצדדים, מכוח מעמדו, בקיאותו וניסיונו, את תמונת הדברים הלכאורית כהווייתה, כפי שהיא נתפסת מנקודת מבטו..." ע"א 3867/98 דב אשד נ' רקורד תעשיות תוכנה בע"מ, פ"ד נב (4) 650, 653. ראו גם ע"א 5796/97 פניציה מפעלי זכוכית ישראליים בע"מ נ' רוני ואח', פ"ד נב (90) 1; רע"א 287/88 מנוף סינגל חברה לפיננסים והשקעות בע"מ נ' סליימה, פ"ד מד (3) 758, 761 ע"א 2730/98 תנופה שרותי כוח אדם בע"מ נ' אוגניה גיאורגיצינו, פ"ד נב (2) 427; ע"א 6679/97 רחל שלי ברזייק נ' שלמה ברזייק, פ"ד נב (5) 603. הליך הפשרה בין כותלי בית המשפט הוסדר גם בתקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), תשנ"ו-1996. בתקנה 140 נקבע, שבית המשפט רשאי להקדים למשפט בירור של נושא הריב, במגמה לברר, אם יש מקום לפשרה בין בעלי הדין. י' ד' שטרן "יישוב סכסוכים שעניינם דיני חבורות: הבחירה בין התדיינות לפשרה" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 323; פ' גולדשטיין, מ' בורנובסקי "היבטים עיוניים של קדם המשפט" עיוני משפט (תשל"ה) 312. בארה"ב מתרחבת תופעה של בתי משפט ששלב המקדמי נוטלים יוזמה יתירה ומפולגת על מנת לגרום לצדדים להתפשר ואלו מכונים Managerial Judges. ראו גם מאמרו של מ' אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה: על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" מחקרי משפט יד (תשנ"ה) 269.
- 8 חוק בתי המשפט לעניינים מנהליים, תש"ם-2000; בג"צ 991/91 פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון, פ"ד מה (5) 50; רע"א 1287/92 בוסקילה נ' צמח, פ"ד מז (5) 159.
- 9 לאחרונה שונו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 5), תשס"א - 2001 ונקבע כי תביעות עד לסך של 50,000 ש"ח יידונו בסדר דין מהיר. ראו צ' ברנזון "פישוט העניינים בתביעות נזיקין" עיוני משפט ב (תשל"ג) 575.
- 10 ה"פ 271/97 חברת נתן נטע ליפשיץ חברה קבלנית לבניין ירושלים בע"מ נ' ר.א.מ. מהנדסים קבלנים בע"מ (לא פורסם): מקום מיוחד במסגרת זו תופסים הליכי הבוררות, המחייבים הסכמה לעצם קיום ההליך אך לא לתוצאתו, כפי הנדרש בהליכי הגישור והפישור. המדובר בהכרעה במחלוקת על דרך של שפיטה, אף אם הבורר אינו חייב להתברך בהשכלה משפטית או בהשכלה בכלל, וכאשר השפיטה האמורה ייחודית בכך, שהצדדים עצמם שולטים, כמעט לחלוטין, על מכלול הסדריה.... מאז ומתמיד עמדו החקיקה ופסיקת בתי המשפט, לימין הליך הבוררות, מתוך מגמה לחזק ולעודדו. בנסיבות אלו נמצא כיום, כי התערבות בתי המשפט בפסקי דין של בוררים הנה מצומצמת ומזערית ביותר". ראו ס. אוטולנגי בורות - דין ונוהל (מהדורה שלישית, 1991). מ' בורנובסקי, ר' לחמן "יישומות הבוררות, כמנגנון להקלה בעומס על בתי המשפט בישראל" הפרקליט מ (תשנ"ב) 269.
- 11 י' אלראי "יישוב סכסוכים - אפשר גם אחרת" המשפט א (תשנ"ג) 311. על הגישור הפישור ומושגים קרובים נוספים דומים ראו L' Street "The Language of Alternative Dispute Resolution" Arbitration and Dispute Resolution. *Resolution Law Journal* 3 (1992) 144.
- 12 המחוקק לתכתילה השתמש במינוחים גישור ופישור ואולם בתקנות בתי המשפט (פישור) (תיקון), תשס"ב-2001 נקבע כי המינוח היחיד בתקנות יהיה גישור. א. דויטש בספרה **פישור הענק המתעורר** (תשנ"ט) 17 מבהירה את ההבדלים הדקים שבין גישור ופישור, ומפנה לשרות ספרים ומאמרים המגדירים את הקושי שבהבחנה.

בידו סמכות להכריע בו.¹³ המדובר בהליך וולונטרי שבו צד שלישי בעל הכשרה כמגשר פועל במגוון רחב של שיטות על מנת ליצור דינמיקה של הידברות בין צדדים יריבים על מנת להוביל לסיום הסכסוך בהסכמה, תוך שהצדדים עצמם מכתיבים את הפרמטרים של הפתרון הרצוי להם. הפתרון המוסכם יכול להיות מובא לבית המשפט על מנת לתת לו תוקף של פסק דין. הגישור הנו למעשה משא ומתן המנוהל בין צדדים ובינם לבין המגשר, בליווי וסיוע של מגשר, כדי להימנע מהצורך להגיע להכרעה שיפוטית. בארצות הברית, הפך הגישור להיות גם תחום אקדמי מרתק ופעיל. פותחו טכניקות יצירתיות לניהול משא ומתן, שיעדן להביא את הצדדים לאמירת "כן", כלומר להסכמה.¹⁴

המכשיר הייחודי המונח לפתחו של המגשר הנו היכולת להיוועד עם הצדדים בנפרד, לרדת לעומקן של המוטיבציות המצויות בשורש הסכסוך, לתת כר נרחב של ביטוי לאישיותו, כשרונו ויצירתיותו. יתרונות שאינם מצויים בהליך המשפטי או בבוררות המתנהלים בהתאם לכללים נוקשים. החוק מבטיח חסיון לדברים שנאמרו במסגרת הליך הגישור, ועיכוב ההליכים המשפטיים עד לסיום ניסיון הגישור. הכללים של הפעלת הגישור, חובות המגשר, הסכם הגישור המצוי ושכר טרחת המגשר נקבעו בתקנות בתי המשפט (פישור), תשנ"ג-1993. על מנת לעודד את הגישור נקבע כי אם ההליך הסתיים בגישור, רשאי בית המשפט להורות על החזרת האגרה ששולמה בפתיחתו.¹⁵ הסדרי גישור נקבעו גם בתחום דיני המשפחה¹⁶ ודיני העבודה.¹⁷

- 13 תקנות בית המשפט (פישור), תשנ"ג-1993, מגדירות פישור "כהליך שבו נועד מפשר עם בעלי הדין, כדי להביאם לידי הסכמה על יישוב הסכסוך, בין היתר על ידי ברור הנושאים שבמחלוקת, גילוי מידע הדרוש בקשר לסכסוך והצעת אפשרויות לפתרונו".
- 14 הטכניקות פותחו בעיקר בפרוייקט המשא ומתן שבאוניברסיטת הרווארד בארצות הברית, תחת הנחיתו של רוג'ר פישר. הטכניקות שימשו במשאים ומתנים מדיניים וכיום הם מופעלים גם על מ"מ קהילתיים, חברתיים, עסקיים, ופריטיים. עיקרי השיטה כתובים בשורה של ספרים רבי מכר ובהם: R. Fisher, W. Uri, *Getting To Yes* (1991); R. Fisher, *Getting Together* (1993); R. Fisher, D. Ertel, *Getting Ready to Negotiate* (1995); R. Fisher E. Kopelman, *Beyond Machiavelli* (1996).
- 15 בתקנה 15(ב) לתקנות בית משפט (אגרות), תשמ"ח-1987. ראו ת"א 10571/97 **מודעות עד חצות - פרסום במטרת תחילה בע"מ נ' ידועות אחרונות בע"מ** "מתקין התקנות ראה את העניין בראייה ארוכת טווח ובעלת אופק רחב. הוא רצה לעודד מוסדות קיימים ולבנות מוסדות חדשים שהם אלטרנטיביים לבית המשפט, כמעין "הפרטה" חלקית בתחום ההכרעה בסכסוכים. הוא רצה לעודד הן את המוסד הוותיק של הבוררות והן להביא לצמיחת המוסד הצעיר של פישור. בין היתר, על-ידי יצירת מעמד חדש של אנשים שמקצועם הוא פישור. לשם כך קבע בתקנות בתי המשפט (מינוי מפשר), תשנ"ו-1996 כי מנהל בתי המשפט יחזיק ברשותו רשימת מפשרים לפי תחומי התמחות וכן קבע, כי תמונה ועדה מיעוצת ליד מנהל בתי המשפט שתייעץ לו בקביעת אמות-מידה לעניין הכישרונים והניסיון המקצועי הנדרשים ממפשר. המטרה של בניית "מוסד" הפישור ויצירת הרגלים בקרב מתדיינים להיזקק למוסד זה "קידושה" בפני מתקין התקנות את האמצעים ואחד האמצעים הוא התמריץ הכספי בפטור מלא מאגרה בכל שלב משלבי הדיון", פס"מ תשנ"ח (3) 241. כמו כן תקנות בית הדין לעבודה (אגרות), תשכ"ט-1969. תקנות בית המשפט לענייני משפחה (אגרות), תשנ"ו-1995.
- 16 המנגנון של פישור בענייני משפחה מחוץ לכותלי בית המשפט מוסדר גם בחוק להסדר התדיינות בין בני-זוג, תשכ"ט-1969. בסעיף 1(ג) לחוק נאמר: "עייכב בית המשפט את הדיון... רשאי הוא להטיל על פקיד סעד... או על אדם אחר שהסכים לכך, לפשר בין בני-הזוג בעניין שהוא נושא... התובענה". ראו הדיון ת"י 1340/95 **סבינה פלד נ' דן פלד**, פס"מ תשנ"ו (4) 518; חוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה - 1995; צו בית המשפט לענייני משפחה (הקמת יחידות סיוע, דרכי פעולתן וסדרי עבודתן), תשנ"ו-1996. ראו ס' זיידל, **גירושין בדרך אחרת** (1993).
- 17 תקנות בתי הדין לעבודה (פישור), תשנ"ג - 1993.

התקווה הגדולה שליוותה את הפעלת הליכי הגישור בישראל מצויה כיום על פרשת דרכים. בפועל היא הולכת ודועכת. מבחנו של כל רעיון והסדר, טוב ככל שיהיה, הוא בסופו של דבר ביישומו או בלשון עממית "בשטח". אנו סבורים כי ההתנהלות הקיימת ביישום הגישור, עלולה להוביל את המיזם החשוב של הגישור אל סל מחזור גדול ועמוק המכיל הרבה רעיונות טובים ורפורמות חדשניות, שהתאדו אל מול חומו הלוהט של יצר ההתדיינות הקיים בחברה הישראלית. רבים מעורכי הדין, שהם מפתח חיוני להצלחת הגישור, מביעים בו אי אמון הולך וגובר. הסכמתם לפנות להליך גישור יסודה בהמלצת בתי המשפט והחשש שיבולע להם אם יסרבו, או עקב החלטות מקומיות של נשיאי בתי משפט להעביר אוטומטית תיקים לגישור. מספר התיקים המועברים לגישור ומסתיימים בהסכם הנו בין 15%-20%¹⁸ התוצאות הדלות של הצלחת הליכי גישור מעוררים אצל שופטים ספק ביכולתו של הגישור לשמש מנוף ממשי לפתרון העומס המוטל על בתי המשפט, הם ממעטים מאוד להעביר תיקים מבית המשפט המחוזי לגישור וכל שמועבר אלו תיקים המיועדים להתברר בסדר דין מהיר.

הסיבות לכשל המסתמן בהפעלת הליך הגישור מתחלקות לשלוש: מנהלתיים, מתודולוגיים ותרבותיים. בסיבות המנהלתיות אני כולל העברת תיקים לגישור שאפריורי אינם מתאימים לגישור, סכסוכים המועברים אוטומטית לגישור מבלי שנתקבלה הסכמה מראש של הצדדים לגישור מתוך תקווה שהמגשר ישכנע את הצדדים להסכים לגישור. בתי המשפט אינם מקיימים בדיקה מקצועית מוקדמת של התיקים המועברים מול כישורי המגשר והתאמתו לגשר בסכסוך הספציפי. ישנו ריבוי עצום של מגשרים פוטנציאליים המתדפקים על שערי בית המשפט מבלי שיש להם את ההכשרה המעמיקה הנדרשת לבצוע נכון של הליך גישור, חוסר בהירות באשר לשכר הטרחה, עבור המגשרים המומחים השכר המקובל נמוך למדי ועבור אחרים, חסרי ידע מספיק, גבוה. תיקים רבים מועברים לגישור באמצעות מרכזי גישור מבלי שלמערכת בתי המשפט יש בקרה מי בפועל יבצע את הגישור. מרכזי הגישור מעסיקים בעיקר מגשרים פרי-לנסרים, וכדי להגדיל את חלקם בשכר טרחת הגישור, והם מעסיקים את המגשרים שעלות נמוכה.

ככשלים המתודולוגיים אנו מכוונים להעדרה של ההפנמה כי הגישור הנו הליך מאד מקצועי הדורש כישורים ומיומנויות ייחודיות ולאיכות הכשרת המגשרים בישראל.¹⁹ מספר שעות הלימוד בהם מחויב תלמיד הגישור הנם 40 שעות של לימוד ותרגול. הדרישה מינימליסטית מבטאת שטחיות בהתייחסות למורכבות והמקצוענות הנדרשת ממי שאמורים להפעיל טכניקות גישור מגוונות ויצירתיות. מורי הגישור בישראל, ברובם חסרי הכשרה תיאורטית ראויה וללא ניסיון של ממש בביצוע גישורים. מורים אלה חלקם פסיכולוגים העוסקים בפן שולי של הליך הגישור, ויועצים ארגוניים המלמדים שיטות וטכניקות של ניהול משא ומתן המנותקים לחלוטין מהסביבה המשפטית שהיא מהות ההליך. החומר הנלמד בקורסי הגישור הוא בעיקרו תרגום של חומר אמריקאי, לעיתים

18 כשאנו מציינים אחוזי הצלחה איננו כוללים כמות תיקים גדולה יחסית בהם מתבצע "גישור לכאורה" בבית המשפט עצמו כגון בתביעות בין חברות ביטוח המכונות "תיקי פח".

19 תקנות בתי המשפט (מינוי מפשר), תשנ"ו-1996, ובתיקון משנת תשנ"ט 1999 נקבע בתקנה 3א כי מפשר שייכלל ברשימה הוא מי שנתקיימו בו כל אלה: (1) עבר קורס הכשרה עיוני ומעשי של הליך פישור (להלן - הכשרה כללית) של 40 שעות לימוד לפחות או קורס הכשרה בענייני משפחה של 60 שעות לפחות (להלן "הכשרה בענייני משפחה"); (2) הוא בעל תואר בוגר מאת מוסד מוכר לפי סעיף 9 לחוק המועצה להשכלה גבוהה, תשי"ח-1958, ויש לו חמש שנות ניסיון לפחות בתחום עיסוקו המקצועי. כמו כן נקבעו דרישות נוספות ביחס למפשרים בענייני משפחה.

מילה במילה מבלי שאף אחד נתן את הדעת והעיון להתאימו לתנאי הארץ ותושביה. עזרי ההוראה, הסימולציות והחומר הניתן לתלמידי הגישור מבטאים מסחור של הכשרת המגשרים ולא הענקת חשיבות אקדמית, למדנית ומעשית למוסד כה חיוני והכרחי למערכת המשפט.²⁰ הכשלים שמקורם בתרבות חיינו הנם מהותיים ביותר. גישור אינו רק מכשיר ליישוב סכסוכים. הגישור מבטא תפיסת עולם שלמה שבאה להחליף התקוטטות משפטית בהידברות.²¹ הגישור אינו רק הליך שבא להקל על העומס בבתי המשפט, הוא מתבסס על תרבות של דו־קיום, ערכי אנוש ומוסר בסיסי ועל הנכונות לקחת אחריות ולהסדיר בהסכמה ובבחירה אישית את מערכת היחסים בחברה. גישור ראוי לו להתבצע לפני שהסכסוך מקבל ניסוח משפטי ומועבר להכרעה שיפוטית. לא כל ויכוח ואפילו סכסוך אמורים להגיע לבתי המשפט. בתרבות שבה סכסוך על מקום חניה או כסא נוח בחוף הים מסתיים באלימות, קשה להצליח בהליכי גישור. במציאות בה ויכוח בין בעל ואשה על מזונות, אחזקת ילדים וחלוקת רכוש מתחילים בתלונות הדדיות במשטרה, בצו הרחקה ובמקרים רבים מדרדר לרצח, מעבירים את היכולת להפעיל בהצלחה הליכי גישור לתחום האוטופיה.²²

הבהרת הקשר שבין תרבות לגישור דורשת דיון קצר במהות התיאורטית של הגישור. סכסוך המגיע לבית המשפט מתמקד בשאלת קיומה או אי קיומה של זכות. בית המשפט אמור לשמוע את הראיות, לקבוע מהן העובדות האמיתיות ולהכריע בשאלת הזכות בהתאם למצב החוקי. בפסק הדין בית המשפט קובע מיהו הזוכה, היכול לממש את זכותו באמצעות רשויות האכיפה של המדינה. מקובל להניח כי בהליך הגישור אין עוסקים בזכויות וחובות (המבססים עמדות) אלא באינטרסים ובצרכים של הצדדים. התנגשות בין טענות זכות אינה בהכרח גם בין אינטרסים. צרכים אלה לעתים חמקמקים ומסתתרים מאחורי ניסוחים משפטיים ישירים או מפותלים. תפקידו של המגשר להרים את המסך המשפטי המסתיר את האינטרסים ובסיוע הצדדים למצוא את השילוב, האיזון והסיפוק לאינטרסים שלהם ובכך לסיים את הסכסוך. הצדדים בגישור אינם אמורים לוותר על חלק מזכויותיהם (פשרה) או להביאן למימוש מוחלט (פסק דין), הגישור אינו דן בהם. המגשר, בניסיונו להוביל לאיזון בין האינטרסים, ניטרלי לתמונת המצב החוקית של הסכסוך. "שלי שלי ושלך שלך" זהו המשפט המכונה בפי חז"ל מידת בינונית (ויש אומרים מידת סדום),²³ "טוב לצדיק וטוב לשכנו"²⁴ זהו הגישור.

20 ההסדרים בנושא המגשרים והכשרתם נקבעו בהמשך לעבודת הועדה המייעצת לעניין פישור בבתי המשפט בראשותה של השופטת שרה גדות. הועדה פרסמה שתי דוחות הראשון ביום 15.5.98 ושעל פיו הותקנו תקנות בתי המשפט (מינוי מפשר/אתיקון), תשנ"ט-1999, והדו"ח השני 29.12.99, הדו"ח עסק בין היתר בתכנון ההכשרה של המגשרים.

21 ד' בוק מאוניברסיטת הרווארד במאמר על החינוך המשפטי, כפי שהוא מתבצע באוניברסיטאות בארצות הברית, כותב "הכל חייבים להסכים כי בתי הספר למשפטים מכינים את תלמידיהם יותר לקונפליקט מאשר לאומנות העדינה של פיס ויישוב חילוקי דעות...אני חווה כי בדור הבא ההזדמנויות הגדולות של החברה ימצאו את מקומן יותר בניצול הנטיות האנושיות לקראת שיתוף פעולה ופשרה מאשר בנטיות הטבעיות שלנו לתחרות ויריבות".

A Flawed System of Law Practice and Learning Journal of Legal Education 33 (1983) 570

22 מחקר הראה כי הנכונות הקיימת להפנות סכסוכים לפתרונות חלופיים מקורה באכזבה וחוסר הנחת ממערכת השפיטה ולא הנכונות להגיע להסדרי גישור ושלוש, ראו מ. בר נב, ר. לחמן "חלופות לפתרון סכסוכים – הנטייה וגורמיה" עיוני משפט יח (תשנ"ד) 591.

23 אבות, ה, י.

24 מדרש תנחומא, פרשת קורח, ח.

ההצלחה של הגישור מותנית בתרבות ובעיקר בחינוך שאמור להתחיל בגיל הגן אם לא לפני כן. קשה לראות את הפוטנציאל של הצלחת מוסד הגישור בתנאי חיינו כל עוד לא מתבצעת מהפכה חינוכית, תרבותית וחברתית. מתוך הכרת הנפשות הפועלות בתחום קידום הגישור בישראל אנו סבורים כי הסיבות המנהלתיות והמתודולוגיות יבואו על תיקונן במוקדם או במאוחר, בהנחה שעד אז תישאר מוטיבציה ונכונות להמיר התקוטטות משפטית בהסכמות. הסיבות התרבותיות נראות לנו כה מהותיות שיש בהן לעורר ספק של ממש אם בדורנו נראה את השינוי המיוחל. אשר על כן ברצוננו לבחון ולהציע טכניקת גישור שלדעתנו מתאימה לתנאי הארץ, תושביה ואורחות חיינו העכשוויים, בהתחשב ב"גן המתדיין" או ב"כשל דינוי תורשתי".

ב. הגן המתדיין

בעם היהודי, משחר עלותו על במת ההיסטוריה הוטבע "יצר ההתדיינות"²⁵. כבר בגן עדן התקיים הליך שיפוטי בו כל אחד משלושת הצדדים המעורבים בקשר לביצוע עבירה, מנסה להטיל את האחריות על רעהו.²⁶ בהליך המנוהל על ידי האלהים מוענקת לצדדים הזכות להשמיע את טיעוניהם כדי שהגנתם לא תקופח,²⁷ והם מנצלים את הזכות במלואה. אברהם העברי, לפני הבערת סדום כעונש על חטאי אנשיה, מנהל משא ומתן משפטי עיקש על מנת להמתיק את גולת הגזרה וטוען כלפי ה' "חללה לך מעשת כדבר הזה להמית צדיק עם רשע... השופט כל הארץ לא יעשה משפט".²⁸ הביטוי החריף ביותר של יצר ההתדיינות היה בארבעים שנות הנדודים במדבר. משה, המנהיג ציבור גדול, בתנאים קשים של לחצי קיום, יושב לשפוט את העם "ויעמד העם על משה מן הבקר עד הערב" ללא הפוגה.²⁹ עקב ריבוי הסכסוכים מקבל משה את עצת יתרו חותנו, ממנה שרים ומאציל להם סמכויות שיפוט. בין השרים הוא ממנה שרי עשרות. על מינוי זה כותב רבי עובדיה ספורנו מחשובי פרשני המקרא "לא נמנעו מלעורר דברי ריבות איש על חברו, באופן שהוצרך למנות מדרגות שופטים, עד שכל עשרה מהם היו צריכים לדיין פרטי, ואין זה כי אם מרוע לב".³⁰ מחישוב פשוט עולה כי אם כל עשרה זקוקים לדיין הרי שאם מצרפים את בעלי הדין, והעדים הרי שרוב העם היה עסוק רק במשפטים. לא פלא לכן, שלא היה להם זמן לעבוד לפרנסתם וקבלו מזון שמימי ללא כל מאמץ מצידם. משה ברוב יאושו אומר "איכה אשא לבדי

25 המונח לקוח מדו"ח הוועדה לבדיקת המבנה והסמכויות של בתי המשפט, 1980.

26 בראשית, ג, יב - יד "ויאמר האדם האשה אשר נתתה עמדי הוא נתנה לי מן העץ ואכל: ויאמר ירוד אלהים לאשה מה זאת עשית ותאמר האשה הנחש השיאני ואכל: ויאמר ירוד אלהים אל הנחש כי עשית זאת ארור אתה מכל הבמה ומכל חית השדה על גחנך תלך ועפר תאכל כל ימי חיך".

27 שו"ת הרמ"א, קח "לכן פשיטא דאי אפשר לדון בדבר בלי שמיעת טענת הנתבע, כי התורה אמרה שמוע בין אחיכם (דברים א, טז). ואף כי זה דבר פשוט נוכל ללמדו מדרכי השם יתברך, כי כל דרכיו משפט ודרכיו דרכי נועם ונתיבותיו שלום. התחיל באדם לשאול מי הגיד לך כי ערומ אתה (בראשית ג, יא), וכן לקין אמר לו אי הבל אחיך (שם ד, ט), כדי לשמוע טענותיו קל וחומר להדיוט". באנגליה בשנת 1723, הסתמכו על הענקת זכות השמיעה בגן עדן כבסיס להכרה בזכות זו במשפט האנגלי ראו ח. שיין *הצדק במשפט העברי* (1994) 96, 107.

28 בראשית, יח, כה.

29 שמות, יח, יג.

30 דברים, א, יב.

טרחכם משאכם וריבכם³¹ ומסביר רש"י "מלמד שהיו ישראל טרחנין, היה אחד רואה את בעל דינו נוצח בדין אומר: יש לי עדים להביא, יש לי ראיות להביא, מוסיף אני דינין"³². מתן התורה בהר סיני והברית שנכרתה בין העם לבורא, עיגנו את חיי היהודים בתוך מסגרת משפטית שלמה, נוקשה וכתובה.³³ אל התורה שבכתב התלוותה התורה שבעל פה שהיא הפרשנות המוסמכת לתורה שבכתב וביחד מהווים את תשתית החוק העברי. חורבן בית המקדש והיציאה לגלות גרמו לכך ש"היהדות מילטה את עצמה לבית המדרש, ריכזה בו את כל כוחותיה, והחיים הדתיים כוונו מכאן ואילך לפי הפסקים היוצאים מהמשא ומתן ההלכתי"³⁴. במשך מאות ואלפי שנים עסקו מוחות, מהמוכשרים בתולדות האנושות, בפסיקה הלכתית ומשפטית תוך הפעלת כללי פרשנות ולוגיקה. פסקי ההלכה אגודים בספרות רחבת ממדים העוסקת בדיונים בעלי אופי נורמטיבי. חיייהם של היהודים בארצם ובעיקר במקומות גלותם עוצבו סביב החוק האלוהי, אמונת חכמים וקבלת ההוראה המחייבת ציות לחכמי הדורות על פי הכלל "על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל"³⁵ החיים סביב ההלכה על כל ענפיה גיבשו את הווית העם היהודי כעם הספר והמשפט.

עם גדול המתגבש, פועל וחי בתוך מסגרת ביהיוריסטית של "הכל הלכה" מפתח יחס מיוחד לחוק, למו"מ המשפטי, להתדיינות ולעקרונות. הוויה שלמה שתומצתה במילים "יקוב הדין את ההר". ההר הוא השכן, החברה או המדינה. בעברית ישנו קשר אטימולוגי בין "יקוב" שהוא עשיית נקב, לבין "נקיבה" שהיא קללה. החתירה הבלתי פוסקת אחרי הדין וההתדיינות, יכולה להפוך לקללה חברתית. ועל שלא נהגו לפנים משורת הדין חרבה ירושלים.³⁶ משחזרנו לארצנו אחרי אלפי שנות גלות, ומשחקנו מערכת משפטית אוטונומית שוב התפרץ הגן המתדיין בכל חומרתו. העיסוק האינטנסיבי הרחב והבלתי פוסק בחוק מתבטא בכמה מהאמירות המידותיות שבפרקי אבות, כגון "חרב בא לעולם על ענוי הדין ועל עוות הדין ועל המורים בתורה שלא כהלכה"³⁷.

31 שם, שם.

32 שם.

33 החזון איש בספר אמונה ובטחון (תשמ"ד) כו כותב " ואברהם אבינו עליו השלום לא ידעו ה' וקראו אוהבי אלא על אשר הלך בדרך המשפט... ומושה רבנו... לקח עצת יתרו בענין המשפט... וה' הסכים על ידו, ויהושע אחרי כרתו ברית עם ישראל סיים דבריו במשפט... כי המשפט הוא יסוד ועיקר גדול בעבודת ה'".

34 צ' גרץ דרכי ההיסטוריה היהודית (תשכ"ט), 77. ראו ע"א 191/51 סקוריניק נ' סקוריניק, פ"ד ח 141,176.

35 דברים, יז, יא. רמב"ם בהקדמה ליד החזקה "המנהגות והתקנות שהתקינו או שנהגו בכל דור ודור כמו שראו בית דין של אותו הדור. לפי שאסור לסור מהם שנאמר לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל. וכן משפטים ודינים מופלאים שלא קיבלום ממש ודנו בהם בית דין של אותו הדור במדות שהתורה נדרשת בהן. ופסקו אותם הזקנים וגמרו שהדין כך הוא".

36 בבא מציעא, ב, ל "דאמר רבי יוחנן לא חרבה ירושלים אלא על שדנו בה דין תורה... שהעמידו דיניהם על דין תורה ולא עבדו (ועשו) לפנים משורת הדין".

37 אבות, ה, ח. נוסח מרחיב ומפורט יותר מצוי שבת, לג, א "בעון עינוי הדין ועיוות הדין וקלקול הדין וביטול תורה חרב וביזה רבה, ודבר ובצורת בא, ובני אדם אוכלין ואינן שבעין, ואוכלין לחמם במשקל". בבש"פ 3734/92 מדינת ישראל נ' עלי בן זאקי עזאזמי, פ"ד מו (5) 725 אומר השופט מ' אלון "עקרון יסוד בעולמה של יהדות הוא, שאין לענות דינו של אדם, וחכמים ראו תופעה זו בחומרה יתרה... בעולמו של המשפט העברי עינוי הדין הוא אף כאשר מדובר בעינוי מועט בלבד. ועד היכן הדברים מגיעים נלמד מדברי אגדה אלה: כבר היה רבי ישמעאל ורבי שמעון יוצאין ליהרג (בגזירות מלכות רומי). אמר לו רבי שמעון לרבי ישמעאל: רבי, לבי יוצא שאיני יודע על מה אני נהרג! אמר לו רבי ישמעאל לרבי שמעון: מימך לא בא אדם אצלך לדין או לשאלה ועכבתו עד שתהא גומע כוסך או עד שתהא נועל סנדלך או עד שתהא עוטרף טליתך? ואמרה תורה (שמות, כב, כב): אם ענה תענה - אחד עינוי מרובה ואחד עינוי מועט. ובדבר הזה אמר לו: נחמתני רבי", 78.

"הוו מתונים בדין"³⁸ "אל תעש עצמך כעורכי הדיינין"³⁹, "הווי מרבה לחקור את העדים"⁴⁰ "רבן שמעון בן גמליאל אומר על שלשה דברים העולם עומד: על הדין ועל האמת ועל השלום"⁴¹. המשפט העברי קבע נורמות חמורות המחייבות את השופטים, וביניהם: להשוות בין בעלי הדין, לקיים את הדין ביעילות, תוך חתירה בלתי פוסקת לגילוי האמת ועשיית צדק, להגן על זכויותיהם של הצדדים וליישם את החוק באופן המדויק ביותר. השופטים בפעילותם השיפוטית הגם שליחיו של האלהים להנחלת הנורמות של התורה, גורמים להשראת שכינה בישראל⁴² ובונים עולם כשותפיו של הבורא במעשה בראשית.⁴³ מכלול החובות המוטלות על השופטים תומצתו בחובה לדון דין אמת לאמתו.⁴⁴ חובה זו כוללת את ברור האמת העובדתית בדרישה וחקירה ללא לאות ועיון מתון ומעמיק בסוגיה המוכרעת.⁴⁵ ביישום הדין אין רחמים⁴⁶ המשפט לאלהים הוא, ואין מכבדין ומרחמין בדין.⁴⁷

מעמד המיוחד של השופטים בחברה היהודית באים לביטוי בתנאי הכשירות האישית והרמה המוסרית הנדרשים ממי שממלא תפקיד שיפוטי. הרמב"ם בהקדמתו למשנה מסביר "לפי שעמי הארץ אם לא יהיו בעלי מוסר לא יזיק זה לצבור, אלא יזיק לעצמם בלבד, והשופט אם לא יהיה בעל מוסר וחינוך – יאבד, ויאבדו בני אדם כולם"⁴⁸. דין שפוסק שלא כדין ואפילו בדיני ממונות מתחייב בנפשו.⁴⁹ חובות השופטים בתוספת רבוי ההתדיינות יצר עול בלתי סביר שעלול היה למנוע מאנשים

38 שם, א, א.

39 שם, א, ח.

40 שם, א, ט.

41 שם, א, יח.

42 מדרש תנחומא פרשת משפטים, ו.

43 מכילתא דרבי ישמעאל, פרשת יתרו, ב.

44 עירובין, נד, ב "ישבי על מדין – שדין דין אמת לאמתו". ראו מגילה, טו, ב. מהות לאמתה של האמת נדונה בהרחבה במאמרו של ח' כהן "דין אמת לאמתו" גבורות לשמעון אגרנט, א' ברק ואח' עורכים (תשמ"ז) 79.

45 ר"י אלאסקר, מרכבת המשנה, אבות, א, א.

46 כתובות, פד, א; רמב"ם, מלוה ולוה, א, ד; שו"ע חו"מ צו, ה; שו"ת שואל ומשיב, ח"א, כב.

47 שו"ת הריב"ש, תעו; שו"ת רדב"ז מכתב יד – ח"א, יו"ד סח "ולהודיענו שאין משוא פנים בדבר ואין מרחמין בדין מפני שרובו זכויות, אלא הכל ביושר ובמשפט כאשר גזרה חכמתו יתברך". שם, ח"א, צט "עוד יש לפרש כי נקרא עין משפט כי שם נחתך הדין על משה ואהרן שלא יכנסו לארץ ולכן תרגם פילוג דינא כלומר חיתוך הדין ועין משפט מלשון היה שוקל לו עין בעין הנוכח במשנה שחתך את הדין ולא ויתר להם כלום ולא נשא להם פנים"; שו"ת מהריט"ך, ח"א, רח; שו"ת יביע אומר, ח"ג, אה"ע כא. ז' ורהפטיג בספרו מחקרים במשפט עברי (1985) 45 מבחין בין המסורת המשפטית היוונית רומית המדגישה את שלום הצבור והסדר במקור העשייה השיפוטית, לעומת המשפט העברי המדגיש את החתירה אל יישום הצדק המוחלט. ראו ב' צ' חי עזיאל משפטי עזיאל, ח"ג, חו"מ א, ס"ק י. על מגבלות המשפט ראו א' רוזן צבי "על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 5.

48 בדברים אלה מסביר הרמב"ם את הקשר שבין פרקי אבות לסדר נזיקין.

49 "ואמר רבי שמואל בר נחמני אמר רבי יונתן כל דייני שנוטל ממון מזה ונותן לזה שלא כדין הקב"ה גובה ממנו נפשות שנאמר (משלי כב) אל תגזול דל כי דל הוא ואל תרכא עני בשער כי ה' יריב ריבם וקבע את קובעיהם נפש", מדרש תנחומא פרשת משפטים, ו, ו. ראו סנהדרין, ו, ב "ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ה'. והוה הדיינין יודעין את מי הן דנין, ולפני מי הן דנין, ומי עתיד ליפרע מהן, שנאמר אלהים נצב בעדת אל. וכן ביהושפט הוא אומר ויאמר אל השפטים ראו מה אתם עשים כי לא לאדם תשפטו כי (אם) לה".

ישרים ומוכשרים להתמנות כדיינים.⁵⁰ לשם הקלת הגלולה המרה של השפיטה דרשו חז"ל, כי אלהים יושב בבית הדין לצד הדיינים ומסייע להם,⁵¹ הבהירו כי לדיין כבן אנוש אין אלא את שעיניו ראות.⁵² ועודדו עשיית פשרה כמכשיר המרחיק הכרעה שיפוטית ויש בו לפוגג את חדות הדין ואימתו.⁵³ בספר החינוך נאמר "ומפני חומר הדין שיבחו הרבה מי שיכול להטיל פשרה בין בעלי הריב".⁵⁴ הרמב"ם בהקדמה למשנה מבהיר "וצריך להיות מהדר בכל דינו אחר הפשרה, ואם יוכל שלא יפסוק דין בכל ימיו, אבל שיעשה פשרה בין שני המריבים הנה מה טוב ומה נעים... כך השופט ישתדל לעשות פשרה. ואם אינו יכול ישפוט בנחת וירצה בעלי הריב בדברים רכים".

ג. על הפשרה כחלופה לפתרון סכסוכים משפטיים

הפשרה זכתה להערכה נאה במשנה ובתלמוד.⁵⁵ הפשרה מעודדת את השלום,⁵⁶ מבטאת עשיה של הישר והטוב,⁵⁷ הליכה במישרים,⁵⁸ סילוק השנאה שבין מתדיינים,⁵⁹ וסיום מהיר של הסכסוך.⁶⁰ הפשרה הייתה המלצה טובה ליישוב הסכסוכים ובתחומים מסוימים של המשפט זכתה לעדיפות

50 ר"י אלאשקר, מרכבת המשנה, ד, ט "ואמר זה החכם שהמונע עצמו שלא יהיה דיין, פורק ממנו איבה וגזל של בעלי דינין, שלעולם הם חושבים שהדיין הסביר פנים לאחד מהם. ופורק ממנו הגזל שלפעמים יטעה ויחייב ממון שלא כדין. וג"כ מחייב לפעמים שבועה ואחד מהם נשבע לשקר".

51 ברכות, ו, א.

52 סנהדרין, ו, ב.

53 ר"י אלאשקר, מרכבת המשנה "וג"כ זאת אזהרה לדיין שישתדל, אם יוכל, שלא לעמוד על דין תורה, אבל ישתדל לעשות פשרה. וכל זה בדין שאינו ברור, אבל אם נתברר הדין אינו יכול לעשות פשרה (סנהדרין, ו, ב). אמנם הוא מצוה שיציל עשוק מיד עושקו". על מהותה ואופיה של הפשרה נזכיר את הכתוב בשו"ת התשב"ץ, ח" ד, טו ב (חוט המשולש), כד "זהו מה שנלע"ד כפי הדין אך לאהבת האמת והשלום הייתי רוצה לעשות משפט שלום ביניהם ויעשו לפנים משורה ומה גם ששמעתי עתה לבסוף מי הם התובע והנתבע ואנשים אחים הם וכדי שלא תהיה אש הקטטה והמריבה הולכת ובווערת ביניהם וע"י שבשביל שישארו אחים ולא יתפרדו בפירוד שנאת הלב מוטב הוא שיעשו פשרה ביניהם שזהו הטוב והישר בעיני אלהים ואדם שבעונותינו שרבו מי הוא זה ואיזה הוא שיוכל לעמוד על שורת הדין וכל ימי אני מרחיק עצמי בעז ותעצומות משורת הדין רק לעשות כל מיני השתדלות לעשות משפט ושלום ולכן טוב וישר שיעמוד החכם העניו כה"ד דוד יצ"ו והוא יפטר ביניהם פשרה קרובה לדין ובזה כל א' על מקומו יבא בשלום". ראו טור, חו"מ, יב "צריכים הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לודן דין תורה. וזה מהירושלמי, סנהדרין, פ"א: רבי יוסי בן חלפתא אמר להם איני יודע לודן לכם דין תורה". בספרי השו"ת ניתן לזהות מקרים רבים בהם הדיינים פעלו נמרצות לגרום לצדדים להסכים לפשרה. מצוה רלג.

54 M. Elon, "COMPROMISE" - The Principles of Jewish Law (1975); י' בזק "ישוב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי" סיני עא (תשל"ב) סד.

56 ספרי (פינקלשטיין), דברים, פרשת שופטים, יז ד"ה לא תגור "ואלה הדברים אשר תעשו דברו אמת איש לרעהו אמת ומשפט שלום, איזה הוא שלום שיש בו משפט אמת הוי אומר זה ביצוע".

57 רש"י, דברים, ו, יח; רש"י, זכריה, ח, טז; רש"י, תהלים, צט, ד; רמב"ן, דברים, ו, י.

58 רש"י, משלי, א, ג.

59 מכילתא, פרשת יתרו, ב מביאה "ושפטתי בין איש ובין רעהו, ושפטתי בין איש - זה הדין שאין בו פשרה, בין רעהו - זה הדין שיש בו פשרה ששניהם נפטרים זה מזה כרעים". תוספות תענית, כ, א "ונוערתות נשיקות שונא פי' דכשונאים עושים שלום זה לזה השלום והפשרה שביניהן אמנה וקיימת". המהרש"א בחידושו על סנהדרין, ו, ב ד"ה אוהב שלום אומר "לפי שהפשרה היא בהסכמת ורצון שניהם, מה שאין כן הדין, שלעולם לפי דעת המתחייב אין מוחל טענתו נגד בעל דין חבירו, אף שיצא חבירו זכאי בבית דין".

60 הרמב"ם לפירוש המשנה.

מיוחדת,⁶¹ כגון: תחליף לחובת שבועה,⁶² כשיש קושי לברר הדין⁶³ יש סמכות לדיין לעשות הדין כעין פשרה, כשנסבות הסכסוך מקשות על יישום דווקני של הדין,⁶⁴ בענייני מיסים⁶⁵ כאשר קיים פער בין היושר השכלי לדין,⁶⁶ כשברור שהכרעה שיפוטית לא תסיים את הסכסוך, כשישנה בעייתיות בהוצאה לפועל של פסק דין כגון כאשר החייב אלים,⁶⁷ בהעדר יכולת טכנית לפסוק הדין בהעדר ספרים,⁶⁸ בהעדר מנהג מדינה או מקור משפטי רלבנטי לעובדות המקרה הנדון.⁶⁹

למרות חשיבותה ומעלתה של הפשרה נחלקו בה תנאים במחלוקת מפורסמת. "רבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי אומר: אסור לבצוע⁷⁰, וכל הבוצע - הרי זה חוטא, ... אלא: יקוב הדין את ההר, שנאמר כי המשפט לאלהים הוא, וכן משה היה אומר יקוב הדין את ההר, אבל אהרן אוהב שלום ורודף שלום, ומשים שלום בין אדם לחבירו, שנאמר תורת אמת היתה בפיהו ועולה לא נמצא בשפתיו בשלום ובמישור הלך אתי ורבים השיב מעון... רבי יהושע בן קרחה אומר: מצוה לבצוע, שנאמר אמת ומשפט שלום שפטו בשעריכם. והלא במקום שיש משפט - אין שלום, ובמקום שיש שלום - אין משפט. אלא איזהו משפט שיש בו שלום - הוי אומר: זה ביצוע. וכן בדוד הוא אומר (שמואל ב' ח') ויהי דוד עושה משפט וצדקה, והלא כל מקום שיש משפט - אין צדקה, וצדקה - אין משפט, אלא איזהו משפט שיש בו צדקה - הוי אומר: זה ביצוע".⁷¹ רמב"ם מכריע במחלוקת ופוסק "מצוה לומר לבעלי דינים בתחילה בדין אתם רוצים או בפשרה, אם רצו בפשרה עושין ביניהן פשרה, וכל בית דין שעושין פשרה תמיד הרי זה משובח.... במה דברים אמורים קודם גמר דין אע"פ ששמע דבריהם וידע להיכן הדין נוטה מצוה לבצוע אבל אחרי שגמר הדין ואמר איש פלוני אתה זכאי איש פלוני אתה חייב אינו רשאי לעשות פשרה ביניהן אלא יקוב הדין את ההר".⁷²

61 שו"ת תרומת הדשן, ח"א, שמה "על כה"ג דיעשו פשרה, משום דאין לכוין יפה דין תורה וכ"ש אנן יתמי דיתמי". בשו"ת בנימין זאב, שב "והכי משמע מסמ"ג בעשאים סימן ק"ז צריכין הדיינים להתרחק בכל היכולת שלא יקבלו עליהם לדון דין תורה כי נתמעטו הלבבות וראיה מהירושלמי דפ' קמא דסנהדרין ... בימי ר' שמעון בן יוחאי בטלו דיני ממונות אמר רבי שמעון ב"י בריך רחמנא דליכא חכם מידון רבי יוסי בן חלפתא באו שני אנשים לפניו לדון אמרו לו על מנת שתדיינינו דין תורה אמר להם איני יודע לדון אתכם דין תורה מכל הלין משמע דכל דיין ישתדל לעשות ביניהם פשר וביצוע ולא דין תורה ממש". ראו תיק מס' 2824/2824 א' נ' ישיבה, פד"ר יא רנט, רסג.

62 משפטי שבועות לרב האי גאון, ח"ב שער יא; שו"ע חו"מ, יב, ב. ראו תשי"ד/649 לובלינסקי נ' סגל, פד"ר ב רדה, רצז; ש' לוי "הטלת פשרה במקום חיוב שבועה" תחומין יב(תשנ"א) 327.

63 שו"ע, חו"מ, יב, ה.

64 שו"ת מהריט"ץ, ח"א, רלט " שאעפ"י שהדין כך השעה צריכה לכך וראוי מן הדין לעשות ביצוע ופשרה והעשירים יסייעו את העניים". כך גם כשנסכסוך הממוני שלובים אספקטים איסוריים, שו"ת אבני נזר, חו"מ, כג.

65 שו"ת נבחר מכסף, חו"מ, קז.

66 שו"ת אורח משפט, חו"מ, א "מ"מ י"ל דכונת בין לדין בין לפשרה היא שידונו הדיינים על שני האופנים, והיינו שיבררו להם דרך הדין, ויראו אם הדין אינו רחוק מדרך היושר של מצב הענין, אז ישאירו הדין, ואם יראה להם שלעקר הפשרה הדין הוא כבד יותר מדאי, לצד אחד או לשניהם... והדרך האחר הוא שאם יראו שהדין הוא נגד היושר השכלי לפי מצב הענין, שאז כיון שיש בידם לעשות פשרה, יש מצוה לצדק צדק תרדוף בין לדין בין לפשרה".

67 מ' צ' נריה "משפט הפשרה" ספר היובל לכבוד הרב סולוביציק, חלק א (תשל"ד) שנט.

68 שו"ת תשב"ץ, ח"ד, (חוט המשולש), לב.

69 שו"ת גינת ורדים, חו"מ, ד, א.

70 המקורות משתמשים במונחים ביצוע ופשרה.

71 סנהדרין, ו, ב.

72 סנהדרין, כב, ד. על הצעת הפשרה בבתי הדין הרבניים כיום ראו א' שוחטמן סדר הדין בבתי הדין הרבניים (תשמ"ח) 208 ואילך.

חשוב להבין את פשרה של המחלוקת. מדברי התלמוד נראה שיש להבחין בין שני מסלולים נפרדים של יישוב סכסוכים, שלכאורה אין עדיפות של אחד על משנהו.⁷³ הבחירה בין המסלולים השונים מסורה לכוונת הצדדים וההסכמות ביניהם באשר לאופן ברור הסכסוך.⁷⁴ המסלול האחד הוא המסלול המשפטי, צדדים הפונים לבית הדין מעונינים לקבל הכרעה שיפוטית שקובעת את האמת המשפטית בנסבות הסכסוך. לשיטת רבי אליעזר הפשרה אינה נותנת ביטוי לאמת המשפטית הצרופה אלא סוג של ויתור ומחילה הדדית. מחילה שיש בה כדי לסלף את המצב הנכון של הזכויות והחובות.⁷⁵ רבי יהושע בו קרחה סובר שבית הדין אמור לסיים את הסכסוך ולהשכין שלום ולא דוקא לברר את האמת, כיון שיש מצוה להרבות שלום. נכונותם של הצדדים להתפשר מתוך הסכמה ולסיים את הסכסוך מקדמת את מטרת המשפט בהשכנת שלום. מטרה שהמשפט עקב מגבלותיו לא יכול להגשים.⁷⁶ גישתו של רבי יהושע בן קרחה הולכת ומתבררת במציאות המודרנית "שלטון המשפט ללא עידונו באמצעות אמפטיה אנושית וללא קשר לחיברות אנושית, רגשות, כבוד אנושי וכיוצא באלה, הוא מתכון לעריצות ועלול להיחשב כחברת סדום".⁷⁷ אשר על כן חובה לעשות את הפשרה רק מתוך הסכמה ושכנוע ולא בכפייה, פשרה בכפייה שוללת את מהותה. אם מדובר בהסכמה וויתור ניתן לעשותה גם לאחר גמר הדין.⁷⁸

שני המסלולים ביישוב הסכסוכים, נקשרו עם ארבעה מושגים ושתי דמויות. המושגים הם חסד מול אמת, צדק מול שלום ומשה לעומת אהרן. המדרש מביא "הדא הוא דכתיב: חסד ואמת נפגשו [צדק ושלום נשקו] (תהלים פה). חסד זה אהרן, שנאמר: [תמיך ואוריך] לאיש חסידך (דברים לג). ואמת זה משה, שנאמר: בכל ביתי נאמן הוא (במדבר יב). הוי: חסד ואמת נפגשו. צדק ושלום נשקו - צדק זה משה, שנאמר: צדקת ה' עשה (דברים לג), ושלום זה אהרן, שנאמר: בשלום ובמישור הלך אתי (מלאכי ב)."⁷⁹

ד. על הפשרה הקרובה לדין

על מנת לעודד את הפשרה ולענות על בקורת אפשרית נקבע שהפשרה אינה רק המלצה טובה שמקורה בחיוב לעשות את הטוב והישר. הפשרה בודאי איננה שרירות של הפעלת סמכות דיינית, פשרנים כאלה מכונים דייני דחצצתא.⁸⁰ מרגע שהחל הליך הפשרה היא מצויה תחת פיקוח הדוק של הדין.⁸¹ נורמות מקובלות של צדק חלים גם על עשיית הפשרה, "צדק צדק תרדף - אחד לדין

73 רש"י, סנהדרין, לב, ב "דצדק צדק (תרוף) לאו לדרישה ולחקירה אתי, אלא צדק דין שלך וצדק פשרה שלך, לפי ראות עיניך, ולא תרדוף, את האחד יותר מחברו".

74 ש' אלבק בתי הדין בימי התלמוד (1987) 57.

75 ע"א 61/84 יוסף ביאזי נ' אברהם לוי, פ"ד מב (1) 446; ראו א' ברק שיקול דעת שיפוטית (תשמ"ז), 247.

76 ש' פדרבוש המוסר והמשפט בישראל (תשל"ט) 48.

77 א' רוזן צבי "על משפט ומציאות" הפרקליט-ספר היובל (1993) 80.

78 שו"ת חיים ביד, סט.

79 מדרש שמות רבה, ה.

80 רשב"ם, בבא בתרא קלג, ב "דייני דחצצתא - דייני פשרה שאין בקיאיין בדין וחוצצין מחצה לזה ומחצה לזה כדין ממון המוטל בספק".

81 הפשרה נכללת במסגרת הדינים שחיובו בהם בני נח, ראו רש"י, סנהדרין, נו, ב. רבי עקיבא איגר מדגיש בחידושו על שו"ע, חו"מ, יב, יב כמו בדין, כך גם מפשרה המבוססת על טעות אפשר לחזור.

ואחד לפשרה".⁸² כשם שמוזהר הדיין שלא להטות הדין, כך מוזהר שלא יטה הפשרה לאחד יותר מחברו וראוי להיות הפשרה קרובה לדין כדי שיתקיים משפט ושלו. למרות שבכל פשרה יש יסוד של מחילה על זכות,⁸³ וממילא סטייה מהחיוב שעל פי הדין, הרי הפשרה הנה פסיקת דין ממש ועליה להתבסס על הכרע דעת,⁸⁴ ולהיות קרובה לדין ולעמוד בקריטריונים של צדק.⁸⁵ בשו"ת שבות יעקב נקבע הכלל "הכל תלוי בראות עיני הפשרן לפי אומד דעתו במהות הדבר רק שיהיה כוונתו לשם שמים לא לשום נטית צד לאפשר הדבר ולתווך השלום ועכ"פ לא יותר משליש שחייב או פטור ע"פ הדין".⁸⁶

חובת עשית הפשרה בהליך צודק, וקרבתה לדין הובהרו בשו"ת חכמי פרוניציה "לא עלה על דעת שיתן רשות לנברר שיחייבהו בלתי שישמע טענותיו וחשבונותיו וראיותיו הראויות לקבל, ואם אמרו ז"ל (סנהדרין ו, ב) מצוה לבצע, ולא אמרו מצוה לגזול, וראוי לנברר לשמוע טענת בעלי דינים ולכוין חשבונם על פי הדין וראוי להיות הפשרה קרובה לדין כדי שיתקיים במשפט ושלו, ומי שלא עשה כן ראוי לבטל את הדין מעקרו".⁸⁷ מדבריו עולה כי הפשרה הנה מעשה הנעשה בבית הדין עצמו, על ידי הדיינים. המשפט העברי מכיר גם בחלופה לפתרון משפטי הנעשית מחוץ לכותלי המשפט והיא המכונה ביצוע. התלמוד במסכת סנהדרין, במחלוקת שהוצגה לעיל מביא דעה נוספת משל רבי שמעון בן מנסיא "שנים שבאו אליך לדין... אתה רשאי לומר להם צאו ובצעו",⁸⁸ מניסוח העמדה עולה כי המדובר בדרישה המופנית לצדדים על מנת שיסיימו את הסכסוך ביניהם מחוץ לכותלי בית המשפט ובלי מעורבות השופטים. יתכן וביצוע הוא הניסוח העברי הקדום לגישור.

המשפט הישראלי התייחס גם הוא לשאלת היחס שבין הפשרה והדין המהותי. בית המשפט מדגיש כי גם בפשרה שיקול הדעת של בית המשפט מבוסס על הדין ועל שיקולים אנושיים ומוסריים החיצונים לדין, אלא שבפשרה "לא ניתנה הבכורה לאלה או לאלה. ראה בית המשפט לטוב לפניו, ישקול רק - או, בעיקר - שיקולים שבדין; ראה לטוב לפניו, ישקול רק - או, בעיקר - אותם שיקולים נוספים. בתהליך ההכרעה רשאי הוא לאחוז באלה כמו באלה, במידה היפה בעיניו".⁸⁹ מוסיף בית המשפט כי פשרה מכאנית המבוססת תמיד על חלוקת נשוא התביעה בין

82 סנהדרין, לב, ב.

83 ע"א 547/61 גרין נ' גרין, פ"ד טז 318.

84 פני משה, ירושלמי סנהדרין, ב, ב "אף הפשרה צריכה הכרע דעת. דצריך שיכריע בדעתו עם מי הדין נוטה ביותר וכפי הכרעת הדעת בזה יעשה הפשרה".

85 'י בצרי דיני ממונות ח"א, שלט. בתיק מס' לג/925 התובע א נ' הנתבעת ב, פד"י י "שמהותה של פשרה היא לא סתם לפסוק בין טענות התובע והנתבע, אלא לעמוד על הדין להיכן שורת הדין נוטה", פב.

86 ח"ב, קמה. שם, ח"ג, קפב.

87 ח"ב, יד. שו"ת תשב"ץ, ח"ד, ב (חוט המשולש) כד "יפשר ביניהם פשרה קרובה לדין ובוה כל א' על מקומו יבא בשלום"; שו"ת תורת אמת, לא "אפי' בפשרה כתיב שתהיה קרובה לדין אם כן נר' שכל העקר הוא הדין"; שו"ת גינת ורדים, חו"מ, כלל ד, א "ד"ה כי שמעתי כי נפייס בין אדם לחבירו לוותר קצת ולסייע בהפסד תהיה הפשרה קרובה לדין ואם לא ישמעו לדבר הזה יקוב הדין את ההר והיה זה שלום בארצנו כי מאן דמבי דינא שקלו גלימיה ליוזל ולומר ושל' על דיני ישראל"; שיז/1355 שמואל נ' יונר, פד"ר ב שער, שפד; 2195/ככה טנבוים נ' פוגל, פד"ר ז קיד, קלא.

88 ו, ב.

89 ע"א 1639/97 אגיאפוליס בע"מ נ' הקסטוריה אינטרנציונלה, תק-על (1999), 723, 729.

בעלי הדין באופן של "מחצה על מחצה" – פסולה, משום שהיא שרירותית ובלתי סבירה, ומשום שאינה מביאה בחשבון את כל יסודות הסכסוך שבין בעלי הדין.⁹⁰ בפסק דין אחר אומר בית המשפט כי למרות שהמדובר בפסק לפשרה, הרי בחינת טענות הצדדים והאיזונים בין האינטרסים השונים, נעשים מתוך אמות מידה משפטיות מובהקות. כמות שנאמר: "... הפשרה אינה עניין של החלטה שרירותית אלא צריך שתיעשה לאחר שיקול רציני".⁹¹

ה. על הגישור במקורות ישראל

אחד הגישורים הראשונים בוצעו על ידי הקב"ה בכבודו ובעצמו, מביא התלמוד מי "כהקדוש ברוך הוא שיודע לעשות פשרה בין שני צדיקים, בין חזקיהו לישעיהו. חזקיהו אמר: ליתי ישעיהו גבאי, דהכי אשכחן באליהו דאזל לגבי אחאב ... ישעיהו אמר: ליתי חזקיהו גבאי, דהכי אשכחן ביהורם בן אחאב דאזל לגבי אלישע. מה עשה הקדוש ברוך הוא – הביא יסורים על חזקיהו, ואמר לו לישעיהו: לך ובקר את החולה".⁹² התלמוד מציג ויכוח בין המלך חזקיהו לבין הנביא ישעיהו כשכל אחד נחוש בעמדתו שלא ללכת אל השני. האחד משום כבוד המלכות והשני משום כבוד השליחות האלהית. הקב"ה ברצותו לגשר ביניהם אינו מכריע בשאלת העמדה העדיפה. מגשר אינו עוסק בשקלול זכויות וחובות אלא נותן ביטוי לאינטרסים. מאחר והפגישה חייבת להתקיים יוצר המגשר את הסיטואציה שבו היא תצא לפועל מבלי הצורך להכריע בשאלה מי ראוי לו למחול על כבודו.

המגשר המוכשר ביותר על פי הספרות המדרשית היה אהרן הכהן. להבדיל מאחיו שהיה אמון על הדין נקט אהרן בדרכי שלום מתוך כונה לסיים סכסוכים⁹³ מבלי צורך בהכרעה ובעיקר לפני שהם מגיעים לבית הדין⁹⁴ ומקבלים לבוש משפטי שאז משימת הגישור קשה שבעתיים. את טכניקת הגישור של אהרן מתאר המדרש: "שני בני אדם שעשו מריבה זה עם זה. הלך אהרן וישב לו אצל אחד מהם ואמר לו בני ראה חברך מהו אומר מטרף את לבו וקורע את בגדיו ואומר אוי לי היאך אשא את עיני ואראה את חברי בושתי הימנו שאני הוא שסרחתי עליו. הוא יושב אצלו עד שמסיר קנאה מלבו והולך אהרן ויושב לו אצל האחר וא"ל בני ראה חברך מהו אומר מטרף את לבו וקורע את בגדיו ואומר אוי לי היאך אשא את עיני ואראה את חברי בושתי הימנו שאני הוא שסרחתי עליו. הוא יושב אצלו עד שמסיר קנאה מלבו. וכשנפגשו זה בזה גפפו ונשקו זה לזה".⁹⁵ הטכניקה של אהרן בביצוע גישורים מוסברת על ידי הרב יוסף חיים בן אליהו.⁹⁶ כשהיו שניים

90 שם, 727.

91 ת"א (ירושלים) 1511/98 מנשה מזרחי נ' שבתאי פירו, תקימח (1)2000, 8962, 8964. ראו ע"א 807/77 טובול נ' גולדמן, פ"ד לג (1) 789, 801.

92 ברכות, י, א.

93 המהרש"א, סנהדרין, ז, א מסביר כי אהרן היה מגשר על בסיס אידיאולוגי ולא עקב חשש מפסיקת הדין, שהרי "תורת אמת" היתה בפיהו והכיר היטב את תורת משה.

94 רש"י מסביר בסנהדרין, ו, ב את הביטוי רודף שלום "וכיון שהיה שומה מחלוקת ביניהם, קודם שיבואו לפניו לדין היה רודף אחריהם, ומטיל שלום ביניהן".

95 מסכתות קטנות, אבות דרבי נתן, יב.

96 מחשובי רבני בגדד במאה התשע עשרה, חי בין השנים 1835-1909, חיבר כשלושים ספרים בתחום הנגלה והנסתר, המפורסם שבהם בן איש חי.

מתקוטטים ומוציאים דיבה איש על רעהו, היה אהרן הולך לראובן ואומר לו שאם שמעון אמנם אמר את מה שאתה מיחס לו הרי גדול עווננו מנשוא, יש לך לרדוף אותו עד חרמה ולא לוותר, ולא לחשוב כלל על עשית שלום עימו. כאשר ראובן שמע את דעתו ועמדתו של אהרן הוא קנה את אמונו. בשלב השני של הגישור היה אהרן מראה לו כי הדברים המיוחסים לשמעון לא נאמרו ובודאי לא בהקשר שראובן מיחס להם, ומכוח האמון שרכש אהרן אצל ראובן הוביל אותו להשלים ולהתפייס.⁹⁷

פעולתו של אהרן כמגשר התבצעה מחוץ לכותלי בית הדין. בבית הדין נחתכים זכויות וחובות בהתאם לחוק. אהרן התעלם מההיבטים המשפטיים חוקיים של הסכסוך והעביר אותו למישור האישי, רגשי, מוסרי ערכי. הרב חיים מוולוז'ין בביאורו על מסכת אבות מבהיר את ההתרחקות של אהרן בגישור מהמצב המשפטי באומרו "אף אם אתה הזכאי וחבירך חטא נגדך, עם כל זה הוי אתה הרודף שלום".⁹⁸ במישור החלופי לדין תכונותיו האישיות של אהרן והיצירתיות שלו הצליחו לנטרל את הסכסוך מהמימד החוקי ולתת ביטוי לאינטרסים של הצדדים. אינטרסים שאמורים להתממש תוך מחויבות לנורמות מוסריות שיסודן בחובה לעשות את הישר והטוב.

המסורת החסידית מספרת על אדמו"ר שהובא בפניו סכסוך קשה על סכום כסף גדול מאד בין בעל מנסרה של עצים לבין המשווק של מוצרי המנסרה שפעל כקבלן עצמאי. בעל המנסרה טען כי הוברר לו שהמשווק הונה אותו במשך שנים רבות בתמורה שהעביר לו עבור מוצרי העץ. האדמו"ר חשב על פתרון שיוכל לסיים את הסכסוך מבלי שהוא יצטרך לקבוע ממצאים שיאששו מרמה מצדו של המשווק, או אבדן כספי של בעל המנסרה עקב הקושי להוכיח את טענת ההונאה. האדמו"ר שאל את בעל המנסרה אם יש לו ילדים, השיב בעל המנסרה שיש לו בת. על אותה שאלה השיב המשווק שיש לו בן. הציע האדמו"ר שהוא בכבודו ובעצמו ישיא את הבת והבן של היריבים. בסופו של דבר נערכה חתונה גדולה ברוב עם, והסכסוך הסתיים בשלום ובשמחה.

תיאורי הגישורים שהובאו לעיל מצביעים על כך שגם במורשת ישראל הייתה הערכה רבה ליתרון שבפתרון הסכסוכים מבלי הצורך להגיע לכדי הכרעה שיפוטית. אולם הגישור שהוצג עוסק בפתרון קדם משפטי. מרגע שהצדדים פנו לבית הדין והסכסוך שביניהם קבל לבוש משפטי המצריך הכרעה בין זכויות מתנגשות אין עוד עדיפות לפתרון גישורי המרחיק את ההכרעה מתחום המשפט אל שדה הרצונות ההדדיים של הצדדים. פתרון של סכסוך משפטי לא יכול להיעשות במנותק לחלוטין מהחוק. האינטרסים והצרכים של הצדדים אינם יכולים להיות תחליף לנורמות ההתנהגות והמחויבויות הנקבעות על פי החוק. החלפת החוק בצורך והכפפתו לאינטרס מבטאים "הפרטה" של המשפט, בטוחני שהמשפט העברי לא התכוון לכך והמשפט הישראלי בשלב זה לא שואף לקראת הפרטה שכזו. כל חיותו ונביעתו של סכסוך משפטי מקורו בחוק ולכן גם פתרונו צריך להתבצע בו ומתוכו.

המשפט העברי, מתוך דאגה למעמדו של החוק ונורמות ההתנהגות המתחייבות ממנו מצא את האיזון הראוי שבין פתרון הסכסוך תחת מטרתו של החוק מחד והקושי לאחוז את המטריה בימי גשם ולעפות אל מול רוחות הסער הערות. האיזון הנו בפשרה הקרובה לדין. אשר על כן רצינו

97 בן יהודע, על סנהדרין ו, ב. המחבר מבסס את דרשתו על המילים "רודף שלום" שלכאורה אהרן ברדיפתו היה לכתחילה מבריה את השלום על מנת לקרב אותו בהמשך. הרינו מודים למשה הרשקוביץ שהפנה אותנו למקור זה.

98 רוח חיים (תשנ"ג) ג, נ.

להציע טכניקת גישור שיהיו בה כל היתרונות של פתרון סכסוך מבלי צורך בהתדיינות, שעדיפותה על הבוררות תהיה מובהקת, ושלא תצריך את התערבות הרשות השופטת המתאמצת להביא את הצדדים לפשרה ולא תמיד בהצלחה. כל זאת תוך זיקה מובהקת לחוק ומבלי צורך לרעות בשדות זרים של אינטרסים וצרכים, בעיקר בחברה שמעדיפה את העיקרון על פני האינטרס.

ו. על הגישור בתנאי הארץ ותושביה

הספרות התיאורטית העוסקת בתורת הגישור מדגישה את המגוון הרחב של שיטות הגישור הניתנות ליישום בפיתרון סכסוכים משפטיים. מגשר מיומן יודע להתאים את שיטת הגישור הראויה והמתאימה לסכסוך המובא בפניו. ההתאמה צריכה להתבסס על טיבו וטבעו של הסכסוך, אישיותם של הצדדים, אופיו של המגשר ובמידה רבה הלכי הרוח החברתיים תרבותיים במקום קיומו הסכסוך. ברצוננו להציע טכניקת גישור הנראית לי תואמת את תנאי הארץ ותושביה, המבוססת על הכרת החברה הישראלית וניסיון מצטבר של ביצוע גישורים בפועל.

הביטוי תנאי הארץ ותושביה לקוח מסעיף 46 לדבר המלך במועצתו. השלטון המנדטורי ייבא לישראל נורמות חוקיות מחייבות תוך התאמתן לתנאים השוררים בארץ ישראל.⁹⁹ ברור כי בכל מקרה שמבקשים ליישם במדינה אחת חוקים וטכניקות שיפוטיות המקובלות ונוהגות במדינה אחרת יש לבצע בהן התאמות ושינויים. בעניין התנגדות לאימוץ אוטומטי של אמנות המשקפות משפט בינלאומי מנהגי אמר השופט מ' שמגר "הישענות על תחולה אוטומטית של אמנות חוק הייתה מכפיפה את המשפט הישראלי להוראות, שלא עברו את המסננת של ההתאמה לתנאי הארץ ולאיינטרסים שלה ושל תושביה".¹⁰⁰ כאשר להפעלת עיקרון שוויון הדינים בין מדינות, קבע בית המשפט כי יש לעמת את הדין עם מציאות החיים "אפשר כי לא מתעורר קושי ככל שהמדובר במדינות המערב הנזכרות, לעניין שוויון הדינים. אולם ברי כי לא ניתן להחיל את החוקה כאשר כלל הברירה מפנה לדינה של מדינה שאינה נמנית עם מדינות המערב. משנשלל היסוד להניח כי האקלים החברתי והתרבותי במדינה זו זהה לזה שבמדינות מערביות, אין להנחה בדבר זהות הדין הפרטי לדין הישראלי בתחום יחסי הממון - על מה שתסמוך".¹⁰¹ הוא הדין בחקיקה, תוכנה של הנורמה החוקית נבנה על בסיס מציאות חיים, תנאים משתנים, צרכים מתחלפים ואפילו מזג האזרחים.¹⁰²

היחס שבין תנאי הארץ ותושביה וסוגיות הנוגעות לחקיקה ומוסר זוהה כבר בעת העתיקה ובימי הביניים וכונה תורת האקלימים.¹⁰³ תורה זו מתייחסת להשפעות חיצוניות על המערכות האישיות

99 א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (1996) 37 הש"ש 63 וההפניות. ראו ד"ר 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם, פ"ד לה (2) 785 ; ד"ר 48/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו (3) 701 ; ב' ברכה "התפתחויות במשפט המנהלי" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 127, 137.

100 בג"צ 845/87 עבד אל נאצר עבד אל עזיז עבד אל עפו נ' מפקד כוחות צהל באזור יהודה ושומרון, פ"ד מב (2) 4.

101 השופט י' גולדברג בדנ"א 1558/94 נפיסי נ' נפיסי, פ"ד נ (3) 573.

102 השופט י' קדמי בבג"צ 6634/94 ארנן יקותיאלי נ' השר לענייני דתות, פ"ד מט (5) 45. ראו פ' להב ישראל במשפט (1999) 60.

103 ח' שיין אדם משפט וחברה בהגותו של רבי עובדיה ספורנו (2001) 178 ; א' מלמד "ארץ ישראל והתיאוריה האקלימית במחשבה היהודית" ארץ ישראל בהגות יהודית בימי הביניים מ' חלמיש ואח' עורכים (1991) 52.

והחברתיות, על יצירת תשתית תרבותית,¹⁰⁴ דתית וחוקית. כל מדינה מקיימת את הנורמות המתאימות לה, אלו שונות ממדינה למדינה "לכל אומה ולשון יש "יושר" משלו".¹⁰⁵ חזון החוק האוניברסלי והתבוני מבית מדרשם של הפילוסופים היווניים הקדומים ושל קאנט וסיעתו איננו ישים לאור הריבוי והמגוון של הנורמות השונות ממדינה למדינה.

בבואנו לבחון ולדון בשיטת גישור המועדפת בחברה נתונה יש לשים לב לתנאי הארץ ותושביה. תנאי הארץ מכתבים לישראל שיטת גישור שתתאים לתרבות, אורח החיים, מבנה האישיות ודפוסי החשיבה וההתנהגות של המתדיין הישראלי. כמובן שיש יומרות גדולה לדבר בסוג של הכללה גורפת על המתדיין הישראלי, אך אין לנו ספק שישנם אפיונים ייחודיים המוכרים לכל אחד מאתנו. סוציולוגים שחקרו את הישראלים זיהו במידה גדולה של ודאות את דפוסי ההתנהגות המקובלים וחלקם הצליחו להסביר את מקורם ודרכי התגבשותם. לדידנו אפיונים אלה אין מקורם דווקא בישראליות, שורשם כפי שהראנו לעיל מצוי ביהודיותם של רוב אזרחי המדינה. ניתן לזהות דפוסי אלה גם אצל רבים מהעולים החדשים שלא קבלו את חינוכם בישראל. הישראלי אינו מוכן בדרך כלל לוותר על זכות שלטענתו מגיעה לו, הוא ישקיע כסף, זמן ואנרגיה ובלבד שיוכל לממש זכותו שנפגעה. לא פעם עורכי הדין בישראל נתקלים בלקוחות האומרים "לא חשוב כמה זה יעלה העיקר ש...". אנו מהר מאד וללא הפרד יוצרים את הזיקה בין האינטרס והעיקרון, ולעתים רבות יש עליונות של האינטרס על העיקרון. ההנחה כי הישראלי הממוצע, בשם האחוה, השלום והרעות יסתלק מתיבעתו גם אם אינטרס שלו יתממש הנה תקווה רחוקה או אשליה, במציאות חיינו.

הסיכוי ששיטת הגישור המיובאת מארה"ב, העוסקת בצרכים ולא בעמדות, תצליח בסכסוכים שבין פרטים בישראל נראית לי מוגבלת ביותר. למרות שאיננו שוללים את האפשרות שבמקרים מסוימים מגשרים ישתמשו גם בטכניקה זו. בנוסף להנמקות דלעיל חשוב להבהיר כי בישראל אחוז גבוה יחסית של דיונים משפטיים מתקיים בין אזרחים לבין מוסדות פיננסיים כמו בנקים וחברות ביטוח ובין אזרחים לרשויות עירוניות, ציבוריות ושלטוניות. בתביעות אלה פוחתת על פניה אפשרות השימוש היעיל בשיטת הגישור המיובאת. בכל עבודת הגישור שעסקנו מעולם לא הצלחנו לגשר בין פרטים ומוסדות כזכר לעיל על בסיס של טפול באינטרסים ובצרכים.

ברצוננו להציע את שיטת הגישור הנראית לנו כמתאימה ביותר לתנאי הארץ ותושביה. השיטה מבוססת על עקרונות הפשרה של המשפט העברי ונכנה אותה גישור קרוב לדין. ההנחה היסודית הנה שכדי שגישור יצליח, קרי שהצדדים יסכימו לסיים ביניהם את הסכסוך, עליו להיות נסמך על המצב המשפטי הנכון והמדויק של הסכסוך. השיטה המוצעת מזכירה את המקובל בתחום הרפואה, שבה החולה מקבל דעה מקצועית שניה לפני שהוא מחליט על ביצוע של טיפול רפואי. הצדדים לסכסוך ועורכי הדין שלהם שבויים בתוך הכרתם את עובדות הסכסוך והערכתם את הסיכוי שלהם להצליח בתביעה, במצב הקיים היום בית המשפט הוא שבסופו יום יקבע הערכתו של מי היתה ראויה ומבוססת, לעתים נדרשת יותר מערכאה אחת כדי להכריע בשאלה. ההכרעה השיפוטית ארוכה, יקרה והיא בבחינת אל חזור. יש לבנות מסגרת שבה ניתן יהיה לבצע בחינה מקצועית של המצב המשפטי הראוי לפני שהתיק מועבר להכרעה שיפוטית בפסק הדין.

104 ח' כהן המשפט (ירושלים) 97: מ' מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ב) 563, 572-580.

105 ח' כהן "עיונים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" הפרקליט ספר היובל 23.

בתי המשפט בשלבים הראשוניים של הדיון המשפטי מנסים לבצע הערכה מקדמית של מצבו המשפטי של התיק. אולם מטבע הדברים ובעיקר העומס המוטל על בתי המשפט אין באפשרותם של השופטים להשקיע את כל הזמן הנדרש כדי ללמוד את התיק לעומקו, לברר את אופי הראיות ומהימנותן לפני שלב ההוכחות. במקרים רבים המעורבות המסיבית של השופטים בניסיון להביא את הצדדים להתפשר יוצרת חוסר נחת אצלם, ומעוררת חשש למשוא פנים מצד השופט אם לא יעתרו לפשרה. עורכי דין סבורים כי בהצעות הפשרה של בית המשפט יש משום קביעת עמדה בטרם נשמעו הראיות במלואן. הקושי הגדול ביותר בניסיונות הפשרה הנעשים בבית המשפט הוא שאין לשופט את הסמכות המשפטית לשבת עם כל צד בנפרד, לברר את עמדתו ומצבו בתיק ולנהל מו"מ לסיום הסכסוך בהסתמך על מה שממע מכל אחד מהצדדים שלא בנוכחות הצד השני. בשיטת הגישור כ"דעה שניה" ניתן להביא ליישום יעיל את יתרונות הגישור מחד עם הזיקה אל החוק מאידך. הליך הגישור יתבצע אצל מגשר מומחה בתחום הסכסוך (להבדיל מהמקובל כיום כי אין צורך במומחיות משפטית כדי לגשר), המגשרים יהיו מבין עורכי הדין הפעילים וממילא מוכרים באותו תחום. המגשר ילמד את התיק ביסודיות (להבדיל מהמקובל היום אצל מגשרים רבים ששומעים מהצדדים בישיבה הראשונה את פרטי הסכסוך), ייפגש עם הצדדים ביחד ולחוד ילבן אתם את האופן שבו הם מתכוונים להוכיח את תביעתם ויציג בפני כל אחד מהם את המסגרת המשפטית וטווח הסיכויים והסכנות שבניהול התיק לקראת הכרעה שיפוטית.

שיטת הגישור הנלמדת בישראל מציגה את המגשר כמכשיר או אמצעי האמור לזהות ביחד עם הצדדים לסכסוך את הצרכים שלהם ולסייע להם להגיע לפתרון הסכסוך כאשר הצדדים הם שאמורים לייצר את ההסכם. בשיטה המוצעת במאמר זה למגשר תפקיד אקטיבי ביותר. עליו להיות מקצוען מעולה בתחום המשפטי שתחת כנפיו חוסה הסכסוך, להכיר את כתבי בית הדין, לבחון עם כל אחד מהצדדים בנפרד את הראיות שבאמצעותן ינסו להוכיח בבית המשפט את תביעתם או הגנתם, להציג להם את התרשמותו המיומנת מהמצב המשפטי של כל אחד מהצדדים לסכסוך. רק לאחר שהמצב המשפטי מבורר ניתן להתחיל את המו"מ שבסופו של הליך יוביל להסכם.

באחד מתיקי הגישור הראשונים שטפלנו היה מדובר במסגר שביצע עבודות בעסק גדול של רהיטים. בעל חנות הרהיטים שמע מהמסגר כי הוא עומד לטוס לחופשה בטורקיה, וזה הציע לו לקבל מקדמה בדולרים. המסגר שמח מאד על האפשרות לחסוך בעמלת הרכישה של הדולרים, הסכים לקבלם והוציא חשבונית בהתאם לשער היציג ביום התשלום. משהגיע לשדה התעופה בטורקיה ניגש המסגר לאחד הדלפקים על מנת להמיר שטר של מאה דולר למטבע טורקית. חיש מהר הוזעקו שוטרים שעצרו את המסגר באשמת החזקת דולרים מזויפים. המסגר ישב מספר ימים בכלא הטורקי שאיננו נעים במיוחד, בני משפחתו הזעיקו עורך דין מישראל על מנת לסייע בהגנה. בסופו של דבר המסגר שילם כופר של אלפי דולרים ושוחרר. משחזר הגיש תביעה גדולה ומרשימה כנגד בעל חנות הרהיטים כיון שלטענתו בכתב התביעה היו אלה מהדולרים שהוא נתן לו כמקדמה. ישיבת הגישור הראשונה הייתה טעונה ביותר. הרושם שהתקבל היה כי למסגר נגרם עוול בל יתואר. בישיבת הגישור השניה נפגשנו עם המסגר ועורכי דינו ובדקנו בין היתר את הדרכים שבהם הם מתכוונים להוכיח כי אמנם הדולרים המזויפים היו אלה שניתנו על ידי בעל חנות הרהיטים. המסגר נשבע בכל היקר לו, וטען כי מספרי שטרות הדולרים שקיבל רשומים על החשבונית שנתן ושטר אחד בן מאה דולר מספרו זה למספר השטר המופיע בכתב האישום של בית המשפט הטורקי. בבדיקת רישומי החשבוניות התברר שההוכחה בעיתית. כשבעיתיות הוסברה

והובהרה למסגר ועורך דינו, בישיבה עמם שלא בנוכחות הנתבע, הפרופורציות של התביעה השתנו לחלוטין. בעקבות כך הסתיים התיק בגישור, בתוצאה שלעניות דעתנו היתה קרובה לזו שאליה היה מגיע בית משפט לאחר שעות של דיונים, מריבות בין הצדדים, הטחת אשמות קשות ואולי ניסיון לערב את שלטונות המס. אין לי ספק כי הסכסוך מעולם לא היה מסתיים בהסכם גישור אם היינו זונחים את שדה החוק ומעבירים את הדיון לשדה הצרכים והאינטרסים. דוגמא זו הנה אחת מני רבות בהן תיקי גישור הסתיימו בהצלחה דווקא משום קרבת הפתרון למשפט ולא אגב התרחקות ממנו.

השלב הראשון של הגישור המוצע הנו כאמור בחינה מקצועית ומעמיקה של מצב הזכויות והחובות של הצדדים לסכסוך. בשלב השני לאחר שכל צד בנפרד קיבל הערכה על בסיס מקצועי של מצב תביעתו או הגנתו מתחיל שלב של ניהול משא ומתן שאמור להוביל להסכם הגישור. בתנאי פתיחה המבוססים על ידיעת כללי המשחק החוקיים ניתן לנהל משא ומתן רציונלי, גם בין אזרחים למוסדות ורשויות שלטוניות. בשלב זה על המגשר להפעיל את מיומנות של ניווט משא ומתן אל יעד ההסכמה. חשוב לזכור כי הליך הגישור, איננו בבחינת פתיחת משא ומתן בין צדדים, המדובר במו"מ סביב נתונים ועובדות שנבחנו ונוסחו על ידי הצדדים והוצגו בכתבי בית הדין שלהם. ממילא השוליים של המשא ומתן הם בתוך אי הבהירות של התוצאה המשפטית, אם אמנם ישנם שוליים כאלה בתום הבחינה המשפטית, והיתרונות הודאיים שבסיום הסכסוך מבלי צורך בהכרעה שיפוטית. בתיק גישור התובע טען כי נתן לנתבע הלוואה בסכום גבוה, הנתבע טען כי לא קבל הלוואה אלא היה שליח להעביר את הכסף של התובע לחברה מסחרית הנותנת ריבית גבוהה. החברה האמורה עוסקת במתן הלוואות בשוק האפור. לאחר בדיקה מעמיקה של הנסבות והמצב המשפטי התברר כי התובע קבל סכומי כסף על חשבון הרבית בשיקים של הנתבע, אך הנתבע הראה כי התובע קיבל מפעם לפעם דוחות מהחברה על סכומי כסף שהחברה חייבת לו. החברה פשטה את הרגל ולא ניתן היה לגבות ממנה סכום כלשהו או לקבל הבהרות על טיב הכספים שבמחלוקת כיון שמנהלי החברה עזבו את האץ בחופזה. בהליך הגישור שבו נוהל משא ומתן בתוך המתחם של הסיכויים והסיכונים של ניהול הדיון בבית המשפט הגיעו הצדדים להסכמה לפיה ישפה הנתבע את התובע על חלק מהכספים שירדו לטמיון.

ז. סיכום

מתוך דאגה כנה ואמיתית לפרויקט הגישור ההולך ומיושם היום בישראל, שאנו רואים בו לא רק אפשרות למפנה בתחום המשפט, אלא גם בתרבות החיים הישראלית, הצענו שיטת גישור המתאימה לתנאי הארץ. בסיס ההצעה במשפט העברי המעודד מאד את הפרשה כמכשיר ליישוב סכסוכים, ובעיקר את הפרשה הקרובה לדין. בפרשה הקרובה לדין מתקיים השילוב שבין החסד והמשפט, הצדק והשלום. "צדק צדק תרדוף" אחד לדין ואחד לגישור. ההנחה ההלכתית היא כי רדיפת הצדק ועשייתו צריכים להיעשות בצדק, ואין הבדל אם מדובר בהליך שיפוטי בפני שופט או בהליך גישור מחוץ לכותלי בית המשפט.

מכל האמור נראה לנו כי הגדרה הראויה לגישור תהיה "הליך המתקיים מחוץ לכותלי בית המשפט ושבו יעשה ניסיון באמצעות מגשר ליישב בהסכם סכסוך בין צדדים, בתנאים שאותם הצדדים רואים כהוגנים, אשר נעשה מתוך מודעות למצבם המשפטי ולהבנת קיומה של אי וודאות עובדתית או משפטית שיש בהכרעה שיפוטית"¹⁰⁶ שיטת הגישור הקרובה לדין מאפשרת לקיים

הליכי גישור, לא רק בתביעות אזרחיות, אלא גם בתביעות מנהליות ביו האזרח לרשות. שהרי הרשות מתקשה להסכים לפשרות או להסכמי גישור שאין בהם זיקה ישירה ומהותית לדין התקף. יתכן ששיטה זו פותחת פתח להליכי גישור במשפט הפלילי. כדי שהשיטה המוצעת תיושם בהצלחה, על מערכת בתי המשפט לדרוש רמת הכשרה ומיומנות מקצועית של מגשרים. מגשרים מומחים בהתאם לנושאים המובאים בפניהם לגישור תוכל להוציא את הגישור מהחובבנות בה הוא מצוי היום אל מרחבים מקצועיים להם הוא ראוי, רק כך ניתן יהיה להציל את הגישור מהמשבר בו הוא מצוי בשיטת המשפט הישראלית.